

# **EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: NOTAS SOBRE SU ENTRAMADO CONSTITUCIONAL**

**Salvador del Rey Guanter**

*Universidad Pompeu Fabra*

## **I**



El derecho a la protección a la salud contemplado en el artículo 43.1 de la Constitución (CE) puede analizarse desde dos perspectivas esenciales.

Una, que podríamos denominar como vertical, consiste en analizar el párrafo primero de dicho artículo 43 en relación a su párrafo segundo, de forma que se aborde el estudio de la Sanidad Pública en su desarrollo infraconstitucional.

Otra, de carácter horizontal, trata de poner de relieve la relación entre el artículo 43.1 con otros preceptos del texto constitucional, de forma que se identifiquen los importantes hilos que unen al derecho a la protección de la salud con otros principios, derechos y garantías institucionales y que, en muchas ocasiones, pueden pasar desapercibidos.

El objetivo de estas notas se centra en esta segunda perspectiva, de forma que pretendemos exteriorizar el «entramado constitucional» que une el dere-

cho a la protección a la salud tanto con el artículo 41 CE –Seguridad Social– como con el artículo 40.2 CE –seguridad e higiene en el trabajo– y, a la vez de estos dos preceptos, y por ende del primero, con el derecho a la vida e integridad física del artículo 15 CE en cuanto «derecho fundamental esencial y troncal» (STC 53/1985).

Se trata de una conexión que podríamos calificar gráficamente como de «en rombo» ( 43/41/15;43/40.2/15 CE), y que nos permite, desde la atalaya del artículo 43.1, tener una perspectiva inmejorable para ver sus conexiones no ya con otros principios rectores, sino con un derecho tan fundamental como es el contemplado en el artículo 15 y que, ésta es nuestra hipótesis, explica en gran parte las líneas de evolución tanto del artículo 41 CE como del artículo 40.2 CE en relación específica a la protección a la salud.

Más concretamente, las tendencias a la universalización de la asistencia sanitaria y de su concepción no estrictamente «productivista», por un lado, y las tendencias a acentuar el momento preventivo en la protección a la salud laboral y su progresiva «contractualización» tienen su raíz última, a nivel constitucional, en el derecho a la vida y a la integridad física del artículo 15 CE.

Con ello, lo que queremos poner de manifiesto es que hay principios rectores, como el contemplado en el artículo 43.1, que están legalmente determinados en su evolución por el entramado constitucional que mantienen con derechos fundamentales.

Esta relación entre principios y derechos fundamentales no creemos que sea exclusiva del tema que nos ocupa, pudiendo seguramente desarrollarse en otros ámbitos.

## II

Antes de pasar a analizar este entramado constitucional, y en relación a la expresión «derecho a la protección de la salud» en sí, hay que decir inicialmente que, a pesar del término utilizado, y coherentemente con el ámbito de los principios en el que se encuentra el artículo 43 CE, no estamos ante un verdadero *derecho* subjetivo, al menos en el sentido utilizado por la Constitución en otros preceptos.

No obstante, y sin introducirnos ahora en si estamos ante una garantía institucional, o una norma de actuación, o de un derecho a derechos, o ante un derecho reaccional (Cossío Díaz, Cobreros), lo cierto es que estamos ante un principio «subjetivizado» frente a aquellos otros más objetivizados en los que,

excluyendo el término «derecho», hacen una estricta apelación a una actuación de los poderes públicos. Ello puede quedar perfectamente reflejado cuando el artículo 43.1 se define como contemplando un «derecho individual de carácter genérico» (Satrústegui).

Lo cual no hace sino respaldar nuestra tesis fundamental en este trabajo sobre la conexión entre el artículo 43 CE y al artículo 15, en tanto que la consideración de la protección de la salud en cuanto derecho refleja la actuación de los poderes públicos en el ámbito de un derecho fundamental como es la vida y la integridad física.

Además, como puede comprobarse, se trata de un derecho *a la protección* de la salud, no un «derecho a la salud», como a veces incorrectamente se predica. Queda fuera del ámbito de configuración del ordenamiento jurídico la alteración en sí de la salud, respecto a la cual, por más que se establezcan medios preventivos y reparadores, no es posible su exclusión. Sería un derecho irrealizable, en tanto que los factores que alteran la salud escapan en gran medida al control humano.

Respecto al concepto de «salud», en una perspectiva teleológica se le define como «estado de plenitud psicofísica» o como «óptimo vital» (al respecto, Borrajo Dacruz). Más realizable en la actualidad puede ser su definición como «estado de normalidad orgánica y funcional, tanto en lo físico como en lo mental, que permite una integración social a través de una actividad de trabajo y de relación» (Pemán Gavín).

Como puede comprobarse, la protección a la salud se desarrolla esencialmente en dos planos: el *preventivo* y el *reparador*. Estas dos perspectivas son importantes para comprender los distintos planos en los que se relaciona el artículo 43 con otros preceptos constitucionales, tales como el artículo 41 y el artículo 40.2.

Dicho brevemente, la asistencia sanitaria, aunque tradicionalmente se desarrolla en el plano laboral en la perspectiva reparadora, va acentuando también la perspectiva preventiva. En el plano de la salud laboral, la acentuación de la perspectiva preventiva frente a la reparadora es incluso más clara, desarrollándose la normativa al respecto esencialmente en el ámbito de la «prevención de los riesgos laborales».

Veamos en primer lugar la conexión entre el derecho a la protección a la salud con la Seguridad Social, para analizar en segundo lugar la conexión entre dicha protección con la «seguridad e higiene» a la que se refiere el artículo 40.2 CE.

### III

Es evidente que una parte fundamental del contenido del derecho a la protección de la salud viene determinada por la «salud pública» que los poderes públicos se comprometen, según el artículo 43.2 CE, a «organizar y tutelar». A su vez, dentro de la salud pública, se comprende tanto las medidas preventivas como las prestaciones y servicios necesarios para su protección. Dentro de estas prestaciones y servicios necesarios es esencial la sanidad pública o, en términos prestacionales, la asistencia sanitaria pública (STC 32/1983; Escribano, Alzaga, Pedreira, Jiménez-Blanco, Fernández Segado).

Aunque hay otras dimensiones del 43.1, como *después vamos a indicar, lo cierto es que el derecho a la protección de la salud ha sido enfocado en gran medida desde la vigencia de la Constitución como el derecho a una asistencia sanitaria pública* (Pemán Gavín).

Y es este componente básico de asistencia sanitaria el que marca el punto de unión esencial entre el artículo 43.1 CE y la Seguridad Social contemplada en el artículo 41 CE (Alzaga). En efecto, dentro de la «asistencia» del régimen público de Seguridad Social que los poderes públicos están comprometidos a mantener, se encuentra la prestación sanitaria (Borrajó Dacruz).

Desde esta perspectiva, podemos decir que la relación entre el artículo 41 y el artículo 43.1 y 2 está experimentando un interesante proceso de evolución.

Dicho brevemente, *la asistencia sanitaria pública está cambiando su centro de gravedad del artículo 41 CE al artículo 43.2 CE*. Lo cual tiene una clara expresión infraconstitucional tanto en la aparición de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que no es posible considerar en sentido estricto como una nómina de Seguridad Social, como en la exclusión de la asistencia sanitaria del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio) (Alonso Olea y Tortuero).

Hay diversas razones para esta evolución, aunque dos de ellas deben ser destacadas.

Por un lado, es clara la tendencia subjetiva a la *universalización de la prestación sanitaria*, patente en nuestro ordenamiento jurídico en la última década —así, como ejemplo más significativo, el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes.



Ciertamente, esta evolución a la universalización es irregular e incompleta, siendo su desarrollo gradual, especialmente mediante su consideración de derecho «derivado», esto es, anexo a determinadas prestaciones o situaciones.

Sin embargo, parece claro que esta tendencia a la universalización es inexcusable, en tanto que, por más que pueda comprenderse los factores que hacen necesario la evolución gradual hacia esa meta, no puede ocultarse que una asistencia sanitaria mínima ha de ser considerada como un derecho «primario» de la persona, y no ya derivado.

Ello ha de verse como una consecuencia ineludible de la relación que existe entre los artículos 43 CE y 41 CE —en lo referente a la asistencia sanitaria— con el derecho a la vida y a la integridad física, derecho fundamental donde los halla, y que hace difícil concebir un derecho a la asistencia sanitaria como consecuencia de ser cónyuge o descendiente de un trabajador, y no como un derecho en sí perteneciente a la persona en cuanto tal.

En realidad, y en última instancia, la tendencia a la universalización de la asistencia sanitaria pública, en cuanto componente básico del derecho a la protección a la salud, ha de encontrar su razón de ser en el artículo 15 CE, de forma que existe un «permanente impulso constitucional» hacia dicho objetivo más allá de lo dispuesto en los artículos 41 CE y 43 CE.

Repárese que nos estamos refiriendo al sistema público de asistencia sanitaria, cuya existencia es ineludible en base al redactado del artículo 41 CE. El ámbito privado, en general, viene determinado por su carácter «complementario», sin perjuicio de su posible papel en ciertos aspectos de la prestación sanitaria pública (STS de 14 de julio de 1994).

No obstante, hay otra razón para la deslaboralización subjetiva de la prestación sanitaria y la consiguiente tendencia a la universalización y desconexión respecto a la Seguridad Social en sí. El ya derogado artículo 98 de la Ley General de Seguridad Social indicaba como una de las finalidades de la asistencia sanitaria la de «conservar o restablecer la salud (...) así como su aptitud para el trabajo».

No parece conveniente el mantenimiento de una visión excesivamente «productivista» de la asistencia sanitaria, en el sentido de ser un bien protegible en base a su «utilidad» en el ámbito de las relaciones económicas y laborales.

Sin desdeñar esa finalidad, lo cierto es que, de nuevo en base al artículo 15 CE, el mantenimiento de la salud del trabajador mediante las actuaciones sanitarias preventivas y reparadoras correspondientes han de ser jurídicamente consideradas como un fin en sí mismo, y no como una variable «socio-económica» dependiente.

Por tanto, la tendencia a la universalización de la asistencia sanitaria ha de ser considerada, a la luz del artículo 15 CE, como un derecho tanto originario, y no derivado, como absoluto, y no dependiente. El derecho a la vida y a la integridad física ha de estimarse como impulsor de la deslaboralización de la asistencia sanitaria y de su desplazamiento del ámbito estricto de la Seguridad Social al más amplio del derecho a la protección a la salud.

Lo anterior no obsta para que se acentúe la importancia del factor «trabajo» en la alteración de la salud y, por tanto, la trascendencia que la asistencia sanitaria tiene en el ámbito de las relaciones laborales, pero más como derecho del trabajador en cuanto persona expuesta a una fuente continua potencialmente alteradora de la salud, o con repercusiones negativas en el desarrollo normal de tales relaciones, que en cuanto trabajador en sí.

#### IV

Junto a esta vertiente de la asistencia sanitaria en relación a la Seguridad Social, existe otra vertiente jurídico-laboral del derecho a la protección a la salud que, significativamente, se pone de relieve con menos frecuencia: la salud laboral o la «seguridad e higiene en el trabajo», según la terminología más tradicional del artículo 40.2 CE.

Se trata de una conexión que se encuentra ya a nivel de normativa internacional, como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de 1966 (art. 12).

Estamos ante una dimensión esencial del derecho a la salud y ello en tanto que, hasta que no deterioremos —si lo hacemos— totalmente el medio ambiente (respecto a esta relación salud y medio ambiente, Loperena Rota), lo cierto es que actualmente el trabajo es el factor singular *no natural* más importante en cuanto fuente de deterioro de la salud.

Es evidente, en consecuencia, que el derecho protección de la salud del artículo 43.1 CE mantiene una estrecha relación con la actuación de los poderes públicos en el terreno de la salud laboral, siendo un exponente fundamental del compromiso de tales poderes respecto a aquel derecho.

De ahí que sea relevante señalar a grandes rasgos cuál ha sido la evolución del legislador en este ámbito. Si la universalización y la «desproductivización» han sido los rasgos generales en materia de prestación sanitaria respecto a la Seguridad Social, las características esenciales de la salud laboral han sido la *acentuación de su aspecto preventivo* y su «contractualización».

Respecto a la primera de estas características, ha tenido una manifestación decisiva en la reciente Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995, la cual incorpora a nuestro ordenamiento interno el bagaje normativo comunitario desarrollado básicamente en los últimos quince años.

Como el propio título de la norma hace ver, y como expresan los principios rectores de la misma (capítulo II), se opera un claro desplazamiento del centro de gravedad de la política pública en este ámbito del momento reparador neutralizar o limitar las consecuencias de la actualización de los riesgos laborales, así como sancionar tales eventos –al momento preventivo– la evitación de dicha actualización.

El cambio de óptica es decisivo, en tanto que en base a esa acentuación de la prevención, sólo pueden ser aceptados jurídicamente aquellos riesgos que sean realmente inevitables, imposibilidad que ha de estar tendencialmente basada en consideraciones técnicas que económicas. De nuevo aquí se da una ruptura con una visión excesivamente productivista de la salud laboral, en el sentido de acentuar su consideración en cuanto bien prioritario en el equilibrio que ha de alcanzarse con otros derechos tales como el de la propiedad o el de la libertad de empresa.

Este desplazamiento del momento reparador al momento preventivo y la preeminencia de la salud laboral respecto otras consideraciones estrictamente económicas también tiene su causa última de ser en el artículo 15 CE (González Ortega).

La vida y la integridad física de las persona, en cuanto derecho fundamental, exigen la eliminación máxima de los factores que pueden producir la alteración de la salud laboral, de forma que la regulación de los riesgos laborales se ha de hacer en la línea netamente preventiva y de reducción al máximo de las fuentes de tales riesgos por encima de otras consideraciones.

No obstante, téngase en cuenta que en este ámbito existe un componente jurídico distintivo respecto a otros principios rectores contemplados en nuestra Constitución. En el ámbito de la salud laboral, su protección se subjetiviza en un auténtico derecho laboral en conexión con el artículo 15 CE.

En efecto, el artículo 4.2.d) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1995 reconoce un derecho a la integridad física en el seno del contrato de trabajo, que se confirma con la contractualización decisiva que ha realizado la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en su capítulo III.

Contractualización que, a su vez, tiene su correspondiente expresión en la instauración de un auténtico deber del empresario de proteger la salud del trabajador mediante la prevención de los riesgos y la limitación de las posibilidades y consecuencias de aquellos no evitables.

De esta forma, en el ámbito laboral, el derecho a la protección de la salud –artículo 43 CE– no es sólo una competencia de los poderes públicos –artículo 40.2 CE–, sino que, como consecuencia de su conexión con el artículo 15 CE, desarrolla una eficacia contractual entre los sujetos de la relación laboral. Las acciones jurídicas que pueden adoptarse en caso de violación de tal derecho no son sólo las derivadas de su origen legal –por ejemplo, la sanción administrativa– sino también de su consideración contractual –recargo de prestaciones en cuanto indemnización– e incluso constitucional –proceso de tutela de los derechos fundamentales de los artículos 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral.

Así, pues, la acentuación del momento preventivo y la contractualización del derecho a la protección a la salud marcan la evolución de este derecho en su relación con la seguridad e higiene a la que se refiere el artículo 40.2 CE, evolución que viene determinada a su vez por la presencia trascendental del derecho a la vida y a la integridad física no sólo en la normativa laboral sino también en el propio contrato de trabajo en cuanto componente esencial de su estructura relacional.

## V

En conclusión, en las líneas anteriores hemos intentado poner de manifiesto cómo, en el ámbito laboral, el derecho a la protección de la salud del artículo 43.1 CE mantiene un interesante «entramado» constitucional, que le lleva a una relación estrecha tanto con el régimen de Seguridad Social del artículo 41 CE como con la protección de la «seguridad e higiene» del artículo 40.2 CE y que, a su vez y en ambos casos, tienen una influencia decisiva en su dinámica en el derecho a la vida y a la integridad física del artículo 15 CE, que explica tanto la tendencia a la universalización de la prestación sanitaria, por un lado, como la acentuación del momento preventivo y la contractualización en el ámbito del derecho a la salud laboral, por otro.

Se trata, pues, de un principio rector cuya dinámica viene en gran medida determinada por un derecho fundamental, de forma que cobra plenamente sentido, en el texto constitucional, de que la protección de la salud es una «lógica consecuencia» del derecho a la vida y a la integridad física (Alzaga).

